

Recurso 491/2023
Resolución 531/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 27 de octubre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **URBASER S.A.**, contra la resolución, de 20 de septiembre de 2023, del órgano de contratación de adjudicación del contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes, en lotes, según pliegos” (Expediente 79/2021), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Vera (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de diciembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 2 de diciembre de 2021, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El 3 de diciembre de 2021, dicho anuncio de licitación, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Posteriormente, el 3 de enero de 2022, se publicó en el mencionado perfil una rectificación del anuncio de licitación ampliándose el plazo de presentación de ofertas. Mediante la citada rectificación, se da publicidad en el perfil a una resolución del órgano de contratación por la que se acuerda corregir diversos errores advertidos en los pliegos rectores de esta licitación. En esa misma fecha, se publican los pliegos ya rectificados. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 11.959.835,60 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El órgano de contratación respecto del lote 1 mediante resolución, de 6 de julio de 2022, acuerda entre otras cuestiones y por este orden excluir la oferta de la entidad ahora recurrente, por no acreditar la viabilidad de su oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, y adjudicar dicho lote a la entidad RAGA MEDIO AMBIENTE, S.A.

El 20 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por URBASER S.A. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de 6 de julio de 2022 en la que se contenía la exclusión de la oferta, tramitado con el número 291/2022, el cual fue estimado parcialmente mediante la Resolución 449/2022, de 15 de septiembre.

Posteriormente, por resolución de 5 de diciembre de 2022, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del lote 1 a la entidad RAGA MEDIO AMBIENTE, S.A. En la citada resolución se contenía la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente. Contra dicha resolución de 5 de diciembre de 2022 se interpuso por la ahora recurrente escrito de recurso especial en materia de contratación, que fue tramitado con el número el número 525/2022.

Dicho recurso fue estimado parcialmente, mediante Resolución 22/2023, de 13 de enero, de este Tribunal, señalando expresamente en su fundamento séptimo que:

«La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente del procedimiento de licitación respecto del lote 1 contenida en la resolución, de 25 de noviembre de 2022, del órgano de contratación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir, de considerarlo necesario, a la entidad ahora recurrente cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que pueda dicha entidad modificar la misma, en los términos recogidos en el citado fundamento de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la aceptación o el rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente por justificar o no su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso y desestimado otras, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, si lo estima necesario, haya examinado la eventual información y documentación aportada la entidad ahora recurrente a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que ello en ningún momento pueda suponer modificación de la misma, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes, teniendo en cuenta además lo expuesto en la presente resolución, y decidir el órgano de contratación de forma motivada, previa propuesta de la mesa en su caso, la aceptación o rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo, 196/2021, de 20 de mayo, 215/2021, de 27 de mayo, 497/2021, de 25 de noviembre, 371/2022, de 6 de julio y 449/2022, de 15 de septiembre, de este Tribunal).».

Por último, mediante resolución, de 20 de septiembre de 2023, el órgano de contratación entre otras consideraciones acuerda rechazar la oferta de la entidad ahora recurrente, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, por no justificar su viabilidad, respecto del lote 1, así como adjudicar dicho lote a la entidad RAGA MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante la entidad adjudicataria).

SEGUNDO. El 11 de octubre de 2023, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por entidad ahora recurrente, contra la citada resolución de 20 de septiembre de 2023 del órgano de contratación en la que se contenía la exclusión de su oferta.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 13 de octubre de 2023, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.



Los días 16 y 17 de octubre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en plazo las presentadas por la entidad adjudicataria.

El 18 de octubre de 2023, transcurridos los dos días hábiles preceptuados legalmente, al no haber aportado el órgano de contratación ni el informe al recurso, ni la documentación necesaria para su tramitación y resolución, la Secretaría del Tribunal le reitera dicha petición. Lo solicitado se recibe finalmente el 21 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Vera (Almería) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

Aun cuando formalmente el recurso se interpone contra la adjudicación, materialmente la recurrente cuestiona la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la resolución de adjudicación fue adoptada el 20 de septiembre de 2023, por lo que, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 11 de octubre de 2023 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación en ejecución de la Resolución 22/2023, de 13 de enero, de este Tribunal.

En lo que aquí concierne, a pesar de que en el acuerdo de 8 de marzo de 2023 del órgano de contratación, de ejecución de la Resolución 22/2023, de 13 de enero, de este Tribunal, se dispone requerir a la entidad ahora recurrente para que aporte determinada documentación justificativa de la viabilidad de su oferta, en el expediente de contratación remitido no consta el efectivo requerimiento; no obstante, en el recurso se afirma



que se le instó a que complementara la información acreditativa de la viabilidad de su propuesta en lo concerniente a los gastos generales de estructura y al beneficio industrial.

En respuesta, la entidad recurrente presenta el 10 de marzo de 2023 un documento justificativo dividido en dos puntos: «*Punto primero. Gastos generales; Punto segundo. Beneficio industrial.*».

Dicho documento justificativo fue examinado por la persona titular de la vicesecretaría de la corporación municipal en informe de 13 de julio de 2023 (en adelante informe de viabilidad de 13 de julio de 2023), en el que indica en lo que aquí concierne expresamente lo siguiente:

«(...) Vista la documentación justificativa de la baja temeraria presentada, procede la emisión del presente Informe, con arreglo a los fundamentos de derecho que a continuación se exponen.

PRIMERO.- Sobre el incumplimiento de que la resolución de rechazo de la oferta incurra en presunción de temeridad contenga una motivación reforzada.

Conforme a lo indicado por el Tribunal, es reiterada doctrina la que exige que la decisión de no aceptar la justificación de su oferta ha de concretarse en una decisión reforzada, no genérica ni imprecisa, para no causar indefensión (Resoluciones 194/2018, de 22 de junio, 38/2020, de seis de febrero, entre otras). Ello ha de ponerse en relación con el principio de discrecionalidad técnica determinado, entre otras, en la Resolución 90/2019, de 21 de marzo (ratificada por sentencia de 3 de marzo de 2021 por la Sala Primera de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En cumplimiento a lo anterior, se solicitó la emisión del presente informe de estudio, sobre la documentación justificativa complementaria aportada por (...) [la entidad ahora recurrente], según requerimiento realizado por la Alcaldía (en sus competencias delegadas por el Pleno, como órgano de contratación).

Por lo que se procederá a un breve análisis de las justificaciones aportadas así como a su estudio y valoración, para analizar si técnicamente la oferta, en su conjunto, es viable al precio ofertado.

SEGUNDO.- Aspectos 2.1 a 2.3 del informe de viabilidad.

Según lo indicado por el Tribunal, los mismos han sido suficientemente motivados, acordándose la desestimación de estas alegaciones presentadas por (...) [la entidad ahora recurrente] en su recurso, por lo que los mismos no serán objeto de estudio en el presente informe.

TERCERO.- Escasa insuficiencia de los ahorros justificados y justificación de desviación de la oferta en solo 1,86% respecto de la baja temeraria.

Conforme a lo indicado en la Resolución 22/2023 (recaída en el expediente 525/2022) la justificación de la oferta ha de hacerse individualmente considerada, ha de comprobarse la viabilidad de la oferta presentada para el cumplimiento del contrato desde la perspectiva de cada licitador, y no en comparación con el resto de ofertas ni con el umbral de anormalidad.

Por lo que, habiéndose desestimado las alegaciones presentadas en este apartado, tampoco serán objeto de estudio en el presente informe.

CUARTO.- Consideraciones sobre el beneficio industrial y los gastos generales.



En este apartado concluye el Tribunal que no puede atenderse a lo indicado en el art. 131 de la LCSP, dado que estos costes se indican sólo respecto del contrato de obras. Tratándose en este caso de un contrato de servicios, en el que no puede ser aplicado tal porcentaje (Resolución 134/2021, de 8 de abril). Estimándose, por tanto que, en relación a estas alegaciones presentadas en el recurso interpuesto por (...) [la entidad recurrente], procede analizar por la Mesa y por el órgano de contratación, si los gastos generales de estructura que representan un 2% son suficientes para cubrir los mismos.

Procederá analizar, por tanto, estos dos conceptos justificados por (...) [la entidad recurrente], según documentación complementaria solicitada.

4.1.- Respecto a los gastos generales, los mismos se basan en dos “pilares fundamentales”, según literalidad del documento examinado, cual es el “a) sistema organizativo” y “b) la selección de objetivos estratégicos”, en los siguientes términos:

a) Sistema organizativo.

En el mismo se justifica que, dada la experiencia de la empresa en todo el territorio nacional, poseen un sistema centralizado que les permite el ahorro de costes que no pueden ser asumidos por pymes. Para ello, se indican las delegaciones existentes, principalmente, en Andalucía, que da servicio a un listado de servicios públicos en la comunidad autónoma.

Información que en nada justifica el importe de los gastos generales indicados en la oferta, dado que se basa en que su amplia experiencia e implantación en la zona, les ahorrará unos costes que no serían viables para la pequeña y mediana empresa. Experiencia que, según doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (Resolución 94/2017, de Madrid), no puede acreditar el cumplimiento de un contrato dado que: “Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de la licitación establecidas en los pliegos por si así no fuera, el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable, es decir, el término de comparación de la justificación han de ser los pliegos que rigen la licitación”.

Por ello se entiende que la experiencia que acredita el licitador según relación de adjudicaciones de contratos similares en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no suponen una justificación adecuada de los bajos gastos generales indicados en la oferta presentada.

B) Selección de objetivos estratégicos.

Dadas las dimensiones de la organización (...) [la entidad ahora recurrente], se justifica que se posee un marco de referencia sobre el que se enfoca su estrategia general de mercado que permite la imputación diferencial de costes contrato a contrato para perseguir un posicionamiento de mercado en cada caso acorde a sus previsiones sin que la viabilidad de la propia empresa ni, obviamente, del propio servicio se vean comprometidas en modo alguno.

Conceptos que son referencias genéricas y que no concretan ni justifican los ahorros de su oferta para considerarla viable, en cumplimiento de los mínimos exigidos en el pliego técnico aprobado.

Partiendo de la base del concepto de “gastos generales de estructura”, según definición de la Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, como los originados por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o



servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad y limpieza, entre otros.

En términos similares se pronuncia el Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado los define como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado.

Partiendo, como decimos, de este concepto, indica una serie de gastos que, dado el carácter de economía de escala de la empresa, resultan reducidos a porcentajes muy pequeños en relación con el montante del contrato, cuales: Personal de representación, administrativo, delineante, técnico medio, fungibles, alquileres y asesoría.

Así, además de la experiencia, también hace alusión a los mínimos costes de personal, alquileres y fungibles imputados al contrato, dado que los mismos son los asociados al funcionamiento de la empresa, sin que se trate de costes directamente asumidos para el contrato en licitación. Indicándose unos costes (denominados indirectos y que formarían parte de los gastos generales de estructura) de 17.923,39 €, en este apartado.

Volviendo a reiterar la viabilidad de su oferta, según la documentación justificativa de oferta anormalmente baja ya presentada en abril de 2022.

A la vista de esta justificación cabe resaltar que el mismo licitador ahora recurrente, que es el actual concesionario de una parte del objeto del contrato de jardinería (el cual se encuentra actualmente dividido en dos contratos, denominados “jardinería pueblo” y “jardinería playa y diseminado”), siendo (...) [la entidad ahora recurrente] el concesionario del servicio de “jardinería pueblo”, indica dentro de la oferta de continuidad del servicio de jardinería (solo de una parte del contrato que ahora se licita) unos importes de 7.505 €, en concepto de “consumo instalaciones”. Apartado que, sin embargo, en la justificación de la oferta incurso en temeridad ahora en estudio se cuantifica en 360 €. Diferencia más que considerable, teniendo en cuenta que se trata de la misma empresa, de las mismas instalaciones y maquinaria, y de sólo una parte del contrato que ahora se licita. De modo que se justifica que, si bien los costes de un contrato actualmente vigente y que abarca un ámbito de aplicación sensiblemente inferior son de 7.505 €, sin justificación ninguna, pasarán ahora a ser de 360 €, cuando el ámbito de aplicación se amplía considerablemente en este nuevo contrato, debiéndose contar con una sede local.

Por lo que se entiende que (...) [la entidad ahora recurrente], en este apartado, justifica la viabilidad de la oferta no en relación al pliego, sino en su condición de actual adjudicataria y conocedora del servicio de limpieza, su experiencia y respecto a determinados gastos (los que denomina de “estructura”) los determina en función esta experiencia previa y no en función de lo exigido en el PPT; considerándose, además, que estos costes están muy infravalorados, para justificar la oferta presentada. No garantizándose la viabilidad de la oferta a la vista de los requerimientos mínimos exigidos en los pliegos aprobados.

SEGUNDO.- Respecto al beneficio industrial, nada indica en la documentación requerida, más allá de aludir a lo manifestado en la Resolución núm.- 22/2023 del TARCJA respecto a la resolución del recurso anteriormente interpuesto, “ha de indicarse que es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora”. A tal efecto recoge en la documentación presentada que la hipótesis sobre la que la empresa ha realizado este cálculo se basa en:

* El pertinente estudio de costes del contrato.

* El estudio de mercado de la actividad en la región.

* La aplicación al caso de sus requisitos de portafolio en aras de un objetivo estratégico de negocio específico.



** El encuadre del contrato dentro del marco de referencia para mantener toda la organización enfocada en su estrategia general.*

** Considerar la adjudicación de este contrato como una estrategia comercial que permita en el futuro expandir y desarrollar su negocio en las áreas territoriales cercanas así como respecto de los futuros crecimientos del municipio de Vera debido a la llegada del tren de Alta Velocidad a Vera previsto para el año 2026.*

Referencias todas ellas genéricas y sin que se haya aportado ninguno de estos estudios que se indica que se han realizado para calcular el bajo beneficio industrial indicado en la oferta.

Además de tener en cuenta circunstancias ajenas al cumplimiento del propio contrato y que dependen de terceros externos a las partes interesadas en el contrato (Ayuntamiento- licitadores), como puede ser la próxima llegada del AVE, que, además de ser obras de carácter estatal, estarían fuera del plazo de ejecución inicial del contrato. Y ello, puesto que, el contrato fue licitado a final de 2021, habiéndose presentado oferta por los licitadores en febrero de 2022. Por lo que, a priori, el plazo de ejecución finalizaría en 2026, por lo que no repercutiría en nada estas obras al servicio en licitación. A mayores, hay que indicar, que esta circunstancia cuyas noticias en prensa han sido incorporadas por el licitador en esta justificación presentada, datan del verano de 2022, por lo que, en ningún caso, el licitador podría haber basado su oferta en un hecho futurible, publicado varios meses después de la presentación de su oferta.

En resumen, en este punto, tampoco queda acreditado que el porcentaje del 0,5% asegure la viabilidad de la oferta, dado que lo hace depender de elementos externos a la voluntad del licitador y de hipótesis.

TERCERO.- Todo ello demuestra que el beneficio industrial y los costes generales (de estructura) que han sido presentados por el licitador no responden a un estudio previo de la presentación de su oferta, sino de una forma artificiosa de justificar la baja temeraria desproporcionada, con desgloses de partidas irreales y no adecuadas a información y precios de mercado, así como con la inclusión de información conocida con posterioridad a la presentación de la oferta (como la llegada del AVE) y, por tanto, tratándose de hechos ajenos a la voluntad del licitador y no relacionados con el cumplimiento del contrato, por lo que no pueden justificar los porcentajes indicados. A mayor abundamiento, el actual adjudicatario del servicio de jardinería, el actual recurrente y licitador (...) [la entidad ahora recurrente], viene prestando este servicio con un beneficio industrial del 11,5% (representando un 10,31% del coste total del servicio actualmente prestado). Y ello, según documentación que consta en el Expediente a su razón, en la propuesta de continuidad del servicio que fue solicitada, como información complementaria en tanto que se resolvía la actual adjudicación (que fue objeto de anulación por Resolución22/2023, del TARCJA, de 23 de enero).

No resultando congruente ni creíble que una misma empresa, para el mismo contrato, pero con fechas de adjudicación diferentes, presente gastos generales y beneficios industriales superiores a los ahora justificados en la oferta (11.5% actual del servicio de jardinería frente al 2.50% que se justifica para el contrato objeto de licitación). Lo que supone una rebaja de nueve puntos porcentuales del beneficio industrial y los gastos generales, en un mismo servicio y por la misma empresa adjudicataria; basados en el mismo sistema comercial o “Know how de la empresa” como se denomina en la documentación justificativa requerida.

Además, estos mismos porcentajes se presentan en diferentes términos para el LOTE 2, que fue objeto de adjudicación y contra el cual también se presentó recurso especial en materia de contratación por (...) [la entidad ahora recurrente] y el cual fue desestimado por el TARCJA. No resultando admisible que una misma empresa presente porcentajes diferentes en estos beneficios y gastos generales para cada uno de los lotes a los cuales licita. Máxime cuando la principal justificación de estos costes es la experiencia previa (en ambos lotes), la utilización de



medios materiales conjuntos (dada la justificación de su amplia implantación territorial) así como su estrategia comercial.

Y ello, puesto que, según se indica por el propio Tribunal “no es posible justificar un aspecto de la oferta en una presunción futura e incierta que además no depende de la voluntad de la entidad que realiza la proposición”, cual es la justificación de que los costes se reducirán por la prestación conjunta de ambos lotes y su conocimiento y experiencia en su condición de adjudicatario actual. No pudiendo admitirse como justificación, por tanto, este criterio, que está basado en una hipótesis o en un futuro. Por lo que, en aplicación a lo indicado en el art. 149 de la LCSP se entenderá, en todo caso, que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas (...).

CONCLUSIÓN:

Se PROPONE LA DESESTIMACIÓN de la justificación presentada en la documentación justificativa de la baja temeraria aportada por el licitador (...) [la entidad ahora recurrente], entendiéndose que la misma está incurso en baja temeraria desproporcionada no justificada, por lo que procederá SU EXCLUSIÓN del proceso de licitación. (...).

Acto seguido, la mesa de contratación en sesión celebrada el 25 de agosto de 2023 adopta, entre otros, el siguiente acuerdo:

«Tras la lectura de los informes, y visto el pormenorizado estudio realizado por la Vicesecretaria municipal, como responsable del área de contratación, en el que se propone de nuevo la exclusión de las mercantiles incursas en ofertas anormalmente bajas, se acuerda, por unanimidad de los miembros de la Mesa, ASUMIR LOS INFORMES EMITIDOS POR LA VICESECRETARIA MUNICIPAL, con lo argumentado por ésta, no aceptándose la justificación de las bajas temerarias presentadas por (...) y URBASER SA.

Por todo ello, se acuerda por unanimidad de la Mesa de Contratación, que ambas mercantiles QUEDARÁN EXCLUIDAS en el LOTE 1, al calificarse sus proposiciones como BAJAS TEMERARIAS INJUSTIFICADAS.».

Por último, el órgano de contratación en resolución de 20 de septiembre de 2022 en lo que aquí ha lugar indica como motivo de exclusión de la entidad ahora recurrente respecto del lote 1 el que «No se acepta la baja temeraria presentada, según informe asumido por la Mesa de Contratación y este órgano de contratación y cuyo contenido consta en la Propuesta de Adjudicación notificada al licitador y publicada en el Perfil del Contratante.».

SIXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 20 de septiembre de 2022 del órgano de contratación, en la que se contiene la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 1, solicitando a este Tribunal que «lo estime de conformidad con los motivos expuestos en el presente escrito, REVOCANDO, ANULANDO y DEJANDO SIN EFECTO el Acuerdo de Alcaldía impugnado relativo a la exclusión de mi representada y, en particular:



Se acuerde la RETROACCIÓN del procedimiento con la oportuna readmisión de mi representada al momento de clasificación de las ofertas, habiendo de entenderse que (...) [su empresa] ha procedido y verificado satisfactoriamente el trámite regulado ex artículo 149.4 de la LCSP.».

La recurrente en su recurso se opone al rechazo de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, en los términos reflejados en su escrito de impugnación y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. Resume la recurrente los argumentos de oposición a la exclusión de su oferta en el apartado del escrito de recurso denominado conclusión cuyo tenor es el siguiente:

«En consecuencia, la justificación de la viabilidad sobre la oferta presentada por (...) [su empresa] ha sido elaborada argumentando convenientemente la viabilidad de su propuesta, resolviendo una a una las posibles dudas que le podía ocasionar a la Mesa de Contratación respecto de la aptitud de nuestra oferta y demostrando - que es de lo que se trata- que nuestra **oferta es perfectamente viable en los términos económicos en los que ha sido presentada.**

Como señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3 “El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP tiene como finalidad el análisis de la viabilidad y seriedad de las ofertas, es decir, **si la misma va a permitir o no cumplir en sus estrictos términos las condiciones y prescripciones técnicas exigidas por el Pliego de Condiciones.**

Como hemos insistido a lo largo del presente recurso, de lo que se trata es de analizar la viabilidad de la ejecución del servicio con la oferta del licitador incurso en presunción de temeridad, de tal manera que el Órgano de Contratación deberá admitir o rechazar dicha justificación en base a si de acuerdo con la justificación de la licitadora incurso en presunta temeridad es o no viable.

En otras palabras, no basta con que el informe municipal suscite dudas sobre la justificación aportada, sino que es necesario que recoja los argumentos que permitan inferir que esa duda es lo suficientemente fundada para desarticular las explicaciones de nuestras justificaciones, manteniendo con ello la presunción de inviabilidad de nuestra oferta.

Por consiguiente, el rechazo de la justificación económica practicada debe motivarse mediante argumentos que permitan al Órgano de Contratación llegar a la convicción de que dicha oferta no puede llevarse a cabo, extremo éste que en ningún momento se pone en cuestión por parte del Informe técnico aportado por la Mesa de Contratación, **dado que en ningún momento se acredita o justifica que el proyecto global de (...) [su empresa] sea técnicamente inviable al precio ofertado ni se justifica que nuestra propuesta no pueda desarrollar la ejecución del contrato.**

A la vista de las anteriores consideraciones, no cabe sino concluir la incorrección e inadecuación a Derecho de la Resolución de exclusión recurrida pues consideramos que el informe de la Vicesecretaria municipal carece de la **motivación denegatoria precisa y del carácter reforzado exigible** por nuestra doctrina para desmontar las justificaciones desarrolladas por (...) [su empresa] y, consecuentemente, anular tal actuación así como todos los actos subsiguientes habidos en dicho procedimiento licitatorio -en particular, la adjudicación del lote 1 del contrato



a favor de (...) [la entidad ahora adjudicataria]- ordenándose la retroacción del proceso licitatorio con la oportuna readmisión de mi representada al momento de clasificación de las ofertas, habiendo de entenderse que (...) [su empresa] ha procedido y verificado satisfactoriamente el trámite regulado ex artículo 149.4 de la LCSP por haber justificado exhaustivamente su oferta y todos los costes que lo integraban.» (el énfasis es del recurso)

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación íntegra del recurso interpuesto, en los términos reflejados en su escrito de oposición y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, al igual que el escrito de recuso, aquí se dan por reproducidos. Al respecto, resume el órgano de contratación sus argumentos de defensa en el apartado de su informe denominado conclusión cuyo tenor es el siguiente:

*«En conclusión a todo lo anterior, tal y como ya se indicó en anteriores recursos, el procedimiento previsto en el art. 149 de la LCSP está destinado a comprobar por parte del órgano de contratación, con el asesoramiento que estime oportuno, si el contrato puede ser cumplido, a pesar de contener una rebaja que pudiera considerarse desproporcionada. Pero **será criterio del órgano de contratación la aceptación o no de esta justificación.***

Ello implica que el hecho de presentar la justificación por el licitador no conlleva a su automática aceptación, dado que, si estudiada la misma, se considera inviable, se procederá a su exclusión. Estas competencias están reservadas al órgano de contratación, tal y como indica el art. 149.6 de la LCSP (...) [se reproduce el segundo párrafo de dicho apartado 6].

En estos mismos términos se manifestó el Tribunal en la resolución de los recursos especiales interpuestos con anterioridad por los mismos recurrentes y sobre el mismo objeto del contrato, en los que se argumenta, en los mismos términos descritos, que no es competencia del Tribunal la aceptación de estas ofertas, constituyendo una competencia propia del órgano de contratación.

Por último, incurre, nuevamente (...) [la ahora recurrente], con la interposición de un nuevo recurso, en lo que se conoce en derecho como “cosa juzgada”. Es decir, el objeto del presente recurso especial se presenta frente a otro acuerdo (en lugar de contra la “resolución de adjudicación” contra la “propuesta de adjudicación” y ahora, nuevamente “contra la adjudicación”), pero se basa en los mismos argumentos que ya fueron esgrimidos y estudiados anteriormente por el TARCJA, es decir, su exclusión del proceso de licitación pública. Y cuyo cumplimiento íntegro ya se dio por esta Corporación, al haberse solicitado nueva información complementaria, la cual fue objeto de nuevo estudio MOTIVADO, habiéndose emitido nuevo informe de valoración, lo suficientemente motivado, tal y como consta en el expediente a su razón. En el mismo quedan claramente informados los términos presentados por el licitador, ahora recurrente.

Por tanto, lo que se pretende con la interposición de este nuevo recurso, ya fue objeto de resolución y de informe por parte de este órgano de contratación, que obra en el expediente tramitado a su razón, y que se da por reproducido (recurso num.- 291/2022, resuelto por Resolución núm.- 449/2022, de 16 de septiembre, por el TARCJA) y Resolución 22/2023 (recurso 525/2022).

*A la vista de todo lo anterior, y habiéndose presentado este nuevo recurso sobre la base de los mismos argumentos ya resueltos por este Tribunal Administrativo y cumplidos por esta Administración **SE SOLICITA QUE SEAN DESESTIMADAS ÍNTEGRAMENTE** las alegaciones presentadas, en cuanto que lo que pretende el recurrente es otorgar al Tribunal Administrativo una competencia que la Ley reserva al órgano de contratación, cual es la admisión o exclusión de las ofertas incursas en presunción de temeridad. En estos términos ya se manifestó el*



Tribunal en anterior Resolución, indicándose que estas facultades estaban reservadas al órgano de contratación, sin que pudieran asumirse por el Tribunal de Recursos Contractuales.» (el énfasis no es nuestro)

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La entidad adjudicataria se opone asimismo a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En síntesis, tras exponer a su entender los incuestionables antecedentes establecidos por resoluciones administrativas firmes y consentidas, afirma la inexistencia de erróneas consideraciones manifestadas por la mesa y el órgano de contratación al asumir el informe de viabilidad de 13 de julio de 2023, conforme al cual el porcentaje de gastos generales y el de beneficio industrial aplicados por la entidad ahora recurrente resultan insuficientes, no quedando justificada la viabilidad de su oferta incurso en presunción de anormalidad.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre la Resolución 22/2023, de 13 de enero, de este Tribunal, de cuya ejecución trae causa el recurso 491/2023 que ahora se examina.

Como se puso de manifiesto en dicha resolución, a la entidad ahora recurrente el órgano de contratación rechazó su oferta con base en varios aspectos que se recogen fundamentalmente en el informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022 y uno en el acuerdo de 9 de noviembre de 2022 de la mesa de contratación -el relativo a la aportación fuera de plazo de determinada documentación-, en donde se concretan y especifican aquellos motivos o causas por los que entiende que la oferta no puede ser admitida.

Pues bien, de todos los aspectos en los que se basa el órgano de contratación para rechazar la oferta de la entidad ahora recurrente, este Tribunal en dicha Resolución 22/2023 solo estimó el relativo a los gastos generales y al beneficio industrial, recogidos en el apartado 2.7 del citado informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022, dado que el resto de aspectos en los que se basa el rechazo de la oferta, o bien no fueron puestos de manifiesto en el recurso examinado en dicha Resolución 22/2023, o bien fueron desestimados por este Tribunal.

Con respecto a los gastos generales y al beneficio industrial, en la citada resolución se puso de manifiesto en el apartado 3.2 del fundamento de derecho sexto en lo que aquí concierne lo siguiente:

«(...) Asimismo es preciso señalar que el contenido de los gastos generales de estructura (primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP), ha sido abordado en varias ocasiones por este Tribunal, entre las más recientes en su Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, en la que en su fundamento sexto se afirmaba que serían los originados por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad y limpieza, entre otros. El Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado los define como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado.

Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa, de tal suerte que el declarado por la entidad licitadora para la ejecución del contrato es el único que puede tenerse en consideración,



siempre y cuando lo justifique adecuadamente, pues es el que dicha entidad en su oferta ha afirmado que soporta por dicho concepto.

En el supuesto que se examina, la entidad ahora recurrente en la justificación de su oferta afirma que sus gastos generales de estructura suponen el 2% del resto de costes, lo que a priori podría parecer insuficiente, salvo que dicha entidad los justificase adecuadamente en los términos establecidos en los párrafos anteriores.

En cuanto al beneficio industrial, ha de indicarse que es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que dicho beneficio podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación.

(...)

Al respecto, en cuanto a los gastos generales de estructura, que representan el 2% deberá la mesa y el órgano de contratación analizar si por la entidad ahora recurrente se acredita que dicho porcentaje es suficiente para cubrir dichos gastos, pudiendo los citados órganos requerir, de considerarlo necesario, a la entidad ahora recurrente cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar y acreditar que los gastos generales de estructura de su empresa representan el 2% de los costes directos e indirectos, sin que pueda dicha entidad modificar su oferta.».

Así las cosas, a juicio de este Tribunal, el órgano de contratación en la ejecución de la mencionada Resolución 22/2023 se extralimita, al extender la petición de justificación no solo a los gastos generales de estructura, sino también al beneficio industrial, que como se afirmó claramente en dicha resolución es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que en modo alguno se le puede obligar a que la justifique.

Por tanto, en el recurso 491/2023 que se examina este Tribunal solo va a proceder al análisis de los argumentos que se esgriman por las partes respecto de los gastos generales de estructura, y no del beneficio industrial.

Segunda. Sobre el principio de discrecionalidad técnica que rige en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad.

Como ya se puso de manifiesto en la tantas veces citada Resolución 22/2023, con carácter previo al análisis de los motivos en los que se funda el recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus



conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.

(...)

En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».

En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio, 22/2023, de 13 de enero y 102/2023, 17 de febrero, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de su oferta, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de arbitrariedad, ni que se haya cometido desviación de poder, lo que plantea por un lado es que se incumple el que la resolución de rechazo a la justificación de anormalidad contenga una motivación reforzada, y por otro lado afirma la existencia de incorrección en el rechazo de su oferta.

Tercera. Sobre el incumplimiento de que la resolución de rechazo a la justificación de anormalidad contenga una motivación reforzada y sobre la existencia de errores en el rechazo de la oferta.

Al respecto, como se ha expuesto, la recurrente en síntesis cuestiona la motivación del informe de viabilidad de 13 de julio de 2023. En este sentido, afirma que dicho informe de viabilidad carece de la motivación denegatoria precisa y del carácter reforzado exigible por nuestra doctrina para desmontar las justificaciones desarrolladas por su empresa.

Sobre la motivación reforzada a la que alude la recurrente en los supuestos de rechazo de una oferta inicialmente incurso en baja anormal, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, entre otras en sus Resoluciones 194/2018, de 22 de junio, 38/2020, de 6 de febrero y 53/2020, de 14 de febrero. En ellas, se indicaba que es doctrina reiterada de este Tribunal y de los demás órganos competentes para la resolución del recurso especial que la exclusión de una oferta incurso en presunción de anormalidad requiere una motivación reforzada.

Al respecto, se ha de poner de manifiesto que, en cuanto a la documentación justificativa de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada y a los informes técnicos sobre viabilidad de las mismas, con base en el artículo 149 de la LCSP, de aplicación al presente caso, este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la necesidad de que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente, incurso en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación (v.g. Resoluciones 294/2016, de 18 de noviembre, 10/2018, de 17 de enero y 30/2018, de 8 de febrero, de este Tribunal, entre otras).

En el mismo sentido se ha expresado ya desde sus inicios el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, manifestando su criterio entre otras muchas en su Resolución 142/2013, de 10 de abril, que resume su doctrina sobre ello; dice así: «Como hemos reiterado en diversas resoluciones en caso de exclusión de



una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación».

Asimismo, dicho Tribunal Central en su Resolución 867/2014, de 20 de noviembre, que comparte este Órgano, indica que «*Si la justificación del licitador se considera suficiente, nada obliga a que el informe incluya unos argumentos o motivación distinta o complementaria de la ya expuesta por el licitador. Si ésta se considera suficiente, nada exige que el asesor técnico recoja en el informe sus propias motivaciones motivando su aceptación*», en el mismo sentido, las Resoluciones del citado Tribunal 1162/2017, de 12 de diciembre, 207/2018, de 2 de marzo, y 389/2018, de 23 de abril.

Sobre el particular, el 4 de julio de 2017, el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) ha emitido Sentencia, asunto T-392/15, en relación con un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es anormalmente baja. Según indica el TGUE, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja.

En definitiva, en lo que aquí interesa, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

En el presente caso, como se ha expuesto, la mesa y el órgano de contratación basan su rechazo en varios aspectos que se recogen en el informe de viabilidad de 13 de julio de 2023, en donde se concretan y especifican aquellos motivos o causas por los que entiende que la oferta no puede ser admitida.

En este sentido, con respecto al documento acreditativo de la viabilidad de la oferta de la entidad ahora recurrente remitido el 10 de marzo de 2023, en relación con los gastos generales de estructura, éste se basa según se dispone en el mismo en dos pilares: sistema organizativa y selección de objetivos estratégicos. Dichos pilares puestos de manifiesto por la empresa están recogidos y tratados en el citado informe de viabilidad de 13 de julio de 2022, en el que se expresan y se rebaten los argumentos esgrimidos por la entidad ahora recurrente en el mencionado documento de viabilidad de 10 de marzo de 2023.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, en el informe de viabilidad de 13 de julio de 2023 sí se recogen los motivos o causas por las que el órgano de contratación ha rechazado la oferta, estando los mismos lo suficientemente motivados, de forma más que suficiente para que la entidad ahora recurrente pueda esgrimir un recurso lo suficientemente fundado, dado lo exhaustivo de los argumentos esgrimidos en dicho informe que desmontan las justificaciones aportadas por la entidad licitadora. Cuestión distinta, que es lo que ocurre aquí, es que no se esté de acuerdo con los concretos y específicos motivos o causas por los que el citado informe de viabilidad entiende que no se acreditan los costes asociados a los gastos generales de estructura.



En cuanto a los posibles errores contenidos en el informe de viabilidad de 13 de julio de 2023, no se acredita por parte de la entidad ahora recurrente su existencia de forma patente.

En consecuencia, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta de la entidad ahora recurrente, el informe de viabilidad emitido el 13 de julio de 2023, y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra del rechazo de su oferta, incurra inicialmente en baja anormal o desproporcionada, constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha indicado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

Lo anterior, unido a los argumentos en los que se basó el órgano de contratación para rechazar la oferta de la entidad ahora recurrente en su resolución de 25 de noviembre de 2022, puestos de manifiesto en la consideración primera del presente fundamento de derecho, respecto a la Resolución 22/2023, de 13 de enero, de este Tribunal, de cuya ejecución trae causa el recurso 491/2023 que ahora se examina, y contenidos en los apartados 2.1 a 2.6 del informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022 y el acuerdo de 9 de noviembre de 2022 de la mesa de contratación -el relativo a la aportación fuera de plazo de determinada documentación-, dado que o no fueron puestos de manifiesto en el recurso examinado en dicha Resolución 22/2023, o fueron desestimados por este Tribunal, impiden dichos argumentos que este Tribunal pueda entender que la entidad ahora recurrente justifique de forma adecuada la viabilidad de su oferta, al no haber acreditado que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre la imposición de multa por mala fe solicitada por el órgano de contratación.

El informe al recurso después de poner de manifiesto que la entidad ahora recurrente es la actual prestadora de parte del servicio licitado, y de la existencia de prórrogas forzosas, ex artículo 29.4 de la LCSP, afirma que lo que pretende la recurrente es retrasar, en la medida de lo posible, y atendiendo a todas las argucias legales, la nueva adjudicación, para seguir manteniendo este contrato durante el mayor plazo de ejecución posible, con unas condiciones económicas mucho más favorables que las presentadas en la licitación recurrida, aunque sea a costa de generar un gran perjuicio al interés público, a las arcas municipales y a la entidad ahora adjudicataria.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».*

En este sentido, señala la sentencia, de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional : *«Es criterio de esta Sala que la finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la*



“facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues “en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas” (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)”».

Este Tribunal considera, tras el análisis de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, que no se aprecia que algunos de ellos adolezca de falta o carencia de fundamentación jurídica, incluso como se ha expuesto en la presente resolución el propio órgano de contratación en la ejecución de la mencionada Resolución 22/2023 se ha extralimitado, al extender la petición de justificación no solo a los gastos generales de estructura, sino también al beneficio industrial, que como se afirmó claramente en dicha resolución es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, que por tanto en modo alguno se le puede obligar a que la justifique.

A ello se une que el órgano de contratación no cuantifica el daño alegado, que se fundamenta en la continuidad del servicio por parte de la recurrente, situación que no tiene que producirse en el presente recurso dada la rapidez en la tramitación y resolución del mismo, menos de un mes. Además, ha de tenerse en cuenta que respecto al lote 1, este Tribunal ha estimado los recursos anteriores interpuestos por la misma entidad ahora recurrente contra la exclusión de su oferta, mediante las Resoluciones 449/2022, de 15 de septiembre y 22/2023, de 13 de enero. También, ha de ponerse asimismo de manifiesto que como la propia recurrente denuncia en el escrito de recurso desde el 10 de marzo de 2023, fecha en la que dicha entidad presenta la aclaración sobre la justificación de su oferta, hasta el 13 de julio de 2023 no se elabora el informe de viabilidad por el órgano de contratación, no reuniéndose la mesa de contratación hasta el 25 de agosto de 2023 y adjudicando el órgano de contratación dicho lote 1 el 20 de setiembre de 2023, periodo de tiempo en la que se ha dilatado en demasía la tramitación de la licitación, expresando el informe al recurso que dicha dilación ha sido debida a la extraordinaria carga de trabajo que recae sobre el área de contratación así como a la dificultad técnica que entraña la tramitación de expedientes complejos como el actual, dada su importancia cualitativa y cuantitativa, que requiere un estudio motivado y reforzado.

Asimismo, no es posible aceptar el argumento del órgano de contratación que en el informe al recurso vuelve a insistir, como ya hizo en el procedimiento de recurso que dio origen a la citada Resolución 22/2023, de 13 de enero, en la llamada por la doctrina “cosa juzgada administrativa”, y ello por cuanto el recurso que se analiza trae causa, como ya se ha mencionado, del nuevo rechazo de su oferta tras la estimación por este Tribunal de un recurso anterior, limitándose la recurrente en el supuesto que se analiza a cuestionar los argumentos por los que su oferta ha sido excluida en la resolución del órgano de contratación de 20 de setiembre de 2023, que ahora impugna.

En definitiva, no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los argumentos del recurso en el conocimiento de la total ausencia de su fundamentación jurídica y que el mismo fuese a ser claramente desestimado, siendo en cierta medida la dilación de la presente licitación desde la Resolución 22/2023, de 13 de enero, achacable al propio órgano de contratación, como se ha expuesto en los párrafos anteriores, por lo que no



cabe apreciar en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **URBASER S.A.**, contra la resolución, de 20 de septiembre de 2023, del órgano de contratación de adjudicación del contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes, en lotes, según pliegos” (Expediente 79/2021), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Vera (Almería).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 1.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

